

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/2235

A11

***Gesetz zur Änderung der
Gemeindeordnung für das Land
Nordrhein-Westfalen
(Drucksache 16/6091)***

Stellungnahme für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Kommunalpolitik des Landtags NRW

24. Oktober 2014

I. Zusammenfassung

Die Änderungen in den Regelungen des § 108a GO NRW sind zu begrüßen.

Die Änderungen sind nicht weitreichend genug, insbesondere sind die Stellung und die Rolle der Arbeitnehmervertreter unscharf und damit unklar.

Auf eine Regelung im Sinne von § 108b GO NRW-E sollte verzichtet.

II. Allgemeine Anmerkungen

1. Sinn und Zweck der Regelung

Die Regelungen des § 108a der Gemeindeordnung Nordrhein-Westfalens (im Folgenden „GO NRW“) zur kommunalen Arbeitnehmermitbestimmung in fakultativen Aufsichtsräten sind im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des Gesetzes zur Revitalisierung des Gemeindefirtschaftsrechts vom 21. Dezember 2010 (GV.NRW. S. 688) in die GO NRW aufgenommen worden. Hintergrund und Regelungszweck des § 108a GO NRW ist einerseits, den angemessenen gemeindlichen Einfluss im Sinne von § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW sicherzustellen und andererseits eine Arbeitnehmermitbestimmung in kommunalen Gesellschaften auch bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen der jeweiligen bundesgesetzlichen Mitbestimmungsgesetze zu ermöglichen.

Dass der angemessene Einfluss der Gemeinde im Sinne von § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW auch in der vorgeschlagenen Neufassung des § 108a des Entwurfs (im Folgenden mit „GO NRW-E“ gekennzeichnet) nur im Wege einer Fiktion vermutet wird, aber im Einzelnen durch weitere flankierende gesellschaftsvertragliche Regelungen abgesichert werden müsste, wird nachfolgend unter Ziffer III. 2. erörtert.

Nordrhein-Westfalen ist soweit ersichtlich das einzige Land, das eine entsprechende Regelung zur Arbeitnehmermitbestimmung in seiner Gemeindeordnung trifft. Dabei ist im Ergebnis durch die Regelungen nur klargestellt, dass dem offenbaren Bedürfnis der Praxis entsprechend eine

(fakultative) Arbeitnehmermitbestimmung auf kommunaler Ebene in Nordrhein-Westfalen zulässig ist. Die Stellung und Rolle der Arbeitnehmervertreter bleibt dagegen auch im neuen Entwurf des § 108a GO NRW-E unscharf und damit unklar. So fehlt der Verweis auf § 113 Abs. 1 Satz 1 GO NRW, worin die Aufgaben der originären Gemeindevertreter beschrieben werden. Gleichzeitig werden aber auch die Arbeitnehmervertreter von der Gemeinde in den Aufsichtsrat entsandt („bestellt“). Eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die originären Gemeindevertreter einerseits und die Arbeitnehmervertreter andererseits erschließt sich angesichts der Entscheidung durch den Rat und des damit einhergehenden Entsendungsaktes nicht.

Trotz der fehlenden Interessenbindung der Arbeitnehmervertreter nach § 113 Abs. 1 Satz 1 GO NRW sollen diese aber dennoch nach § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW an die Beschlüsse des Rates gebunden sein. Dies passt dann wiederum zum Bestellungsakt, aber nicht zur fehlenden Interessenbindung und der Bezeichnung als Arbeitnehmervertreter. Hiermit ist ein Interessenkonflikt in den Personen der Arbeitnehmervertreter angelegt. So geht denn auch OVG Münster (Urteil vom 24. April 2009, Az. 15 A 2592/07) für die frühere Rechtslage ohne entsprechende Regelung in § 108a GO NRW in einem obiter dictum wohl davon aus, dass die Arbeitnehmervertreter anders als die originär gemeindlichen Vertreter im Aufsichtsrat nicht weisungsgebunden sind.

2. Verfassungsrechtliche Grenzen

Die in zweifacher Hinsicht bestehenden verfassungsrechtlichen Grenzen in Bezug auf den § 108a GO NRW sind an anderer Stelle bereits ausreichend beleuchtet worden (vgl. Rehn/Cronauge, GO NRW, Stand. Juli 2013, § 108a Anm. I.3. sowie Mayen, Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in fakultativen Aufsichtsräten von kommunalen Unternehmen des privaten Rechts, S. 11 ff.).

Die Einhaltung des Demokratieprinzips des Art. 20 GG mit dem Gebot demokratischer Legitimation von Verwaltungshandeln erscheint im Rahmen des in § 108a GO NRW-E vorgeschlagenen Bestellungsverfahrens der Arbeitnehmervertreter aufgrund einer betrieblichen Vorschlagsliste durch den Rat ausreichend abgesichert. Zweifelhaft erscheint die Einhaltung des

Demokratieprinzips vor dem Hintergrund, ob der angemessene gemeindliche Einfluss – wie er in § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW als Folge der Notwendigkeit der demokratischen Legitimation von Verwaltungshandeln dargelegt ist – durch die Regelungen des § 108a GO NRW-E tatsächlich ausreichend abgesichert ist. § 108a GO NRW-E vermutet dies nur im Wege einer Fiktion, die nicht bedenkenfrei ist (siehe nachfolgend unter Ziffer III. 2). Für den Regelungsvorschlag des § 108b GO NRW-E kann die Einhaltung der demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns dann nicht einmal mehr vermutet werden.

Keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen hingegen im Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen dem bundesrechtlich geregelten Gesellschaftsrecht einerseits und dem landesrechtlich geregelten Kommunalverfassungsrecht andererseits. Der Regelungsvorschlag des § 108a GO NRW-E modifiziert nicht das Gesellschaftsrecht, sondern umschreibt die kommunalrechtlichen Anforderungen für die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages einer kommunalen Gesellschaft und zeichnet damit den gesellschaftsrechtlich vorgegebenen Weg nach.

III. Anmerkungen zu einzelnen Regelungsvorschlägen

1. Anwendungsbereich der §§ 108a und 108b GO NRW-E

Der Anwendungsbereich des Gesetzentwurfes ist im Hinblick auf drei verschiedene Grundkonstellationen zu betrachten:

1. Die Gemeinde ist alleine an einem Unternehmen oder einer Einrichtung beteiligt (aus Vereinfachungsgründen wird nachfolgend ausschließlich der Begriff „Unternehmen“ verwendet).
2. Die Gemeinde ist mit einer oder mehreren weiteren Gemeinden an einem Unternehmen beteiligt.
3. Die Gemeinde ist an einem Unternehmen mit weiteren Gesellschaftern beteiligt, die nicht unter die Vorschriften des 11. Teils der GO NRW fallen. Das können andere juristische Personen des öffentlichen Rechts sein (Land, Bund, Kommunen aus anderen Ländern) oder auch private Dritte.

Im Fall 1 ist die Gemeinde in der Lage, den Gesellschaftsvertrag nach ihren Vorstellungen und den Vorgaben des Kommunalrechts zu gestalten.

In den Fällen 2 und 3 ist die Möglichkeit der Einflussnahme auf den Gesellschaftsvertrag im Wesentlichen abhängig von der Beteiligungshöhe und dem Stimmgewicht. Darüber hinaus sind jegliche Kombinationen aus den Fällen 2 und 3 denkbar.

Ferner ist danach zu unterscheiden, ob die Gemeinde unmittelbar oder nur mittelbar über weitere Gesellschaften beteiligt ist.

Jede der vorstehend genannten Konstellationen bringt verschiedene und besondere Themenstellungen für eine gesetzliche Regelung mit sich.

2. § 108a Abs. 1 GO NRW-E

Der Verweis des Satzes 3 auf § 108 Abs. 1 Satz 1 Nummer 6 GO NRW stellt eine Fiktion dar, nämlich, dass bei Vorliegen der im zweiten Halbsatz genannten Voraussetzungen ein angemessener Einfluss der Gemeinde gegeben sei. Diese Fiktion erscheint jedoch vor dem Hintergrund des Zieles des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nummer 6 GO NRW als zweifelhaft. Ziel der Regelung des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nummer 6 GO NRW ist es, den gemeindlichen Einfluss in den entsprechenden Gremien zu sichern. Lässt man eine Arbeitnehmerbeteiligung bis zu einem Drittel zu, ist dieser Einfluss nicht zwingend sichergestellt. Grundsätzlich werden in Aufsichtsräten Beschlüsse mit einfacher Mehrheit der Stimmen gefasst. Bei einer Drittelparität kann damit der gemeindliche Einfluss unter Umständen nicht mehr gegeben sein, wenn zwar sämtliche Arbeitnehmervertreter, aber nicht alle Gemeindevertreter bei der Beschlussfassung anwesend sind. Grundsätzlich wäre zur Herstellung des gemeindlichen Einflusses bei einer Drittelparität geboten, entsprechende Anwesenheits- oder Beschlussquoten (bspw. 75%) in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen. Durch derartige Regelungen wäre gewährleistet, dass zu keinem Zeitpunkt Beschlüsse entgegen dem Willen der Gemeinde gefasst werden können. Aufgrund der in § 108a Abs. 1 Satz 3 GO NRW-E aufgenommenen Fiktion, wäre eine derartige Sicherstellung nicht mehr erforderlich. Der Zielkonflikt zwischen den beiden Regelungen sollte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens klargestellt werden.

Ergänzend ist anzumerken, dass – ebenso wie in der bereits geltenden Fassung des § 108a GO NRW – die Stellung und die Rolle der Arbeitnehmervertreter nicht klar geregelt ist. § 108a GO NRW-E verwendet im Wortlaut den Begriff des Arbeitnehmervertreters, was darauf schließen lässt, dass diese „echte“ Arbeitnehmervertreter sind (vgl. zum gleichlautenden Begriff § 4 Abs. 1 DrittelbG). Andererseits geht § 108a Abs. 3 GO NRW-E davon aus, dass diese durch die Gemeinde bestellt bzw. dass es sich um entsendete Arbeitnehmervertreter handelt und es sich daher konsequenterweise eigentlich um Vertreter der Gemeinde handelt. Die damit verwendeten Rechtsbegriffe stellen in sich einen Widerspruch dar (vgl. im Einzelnen dazu nachstehend unter Ziffer 4.). Die vorstehend angesprochene Fiktion des § 108a Abs. 1 Satz 3 GO NRW-E spricht von der Regelungstechnik dafür, dass die Arbeitnehmervertreter nicht als gemeindliche Vertreter anzusehen sind. Dies würde auch in Übereinstimmung mit dem Urteil des OVG Münster vom 24. April 2009 (Az. 15 A 25/07) stehen. Auf der anderen Seite sprechen die Regelungen zur Bestellung der Arbeitnehmervertreter klar dafür, dass es sich um gemeindliche Vertreter handelt, da ansonsten die eigene Regelung für die Wahl der Arbeitnehmervertreter, ihre Zuordnung zu den kommunalen Beteiligungen und die entsprechende Begrenzung der Arbeitnehmervertretung entbehrlich ist. Wenn es sich um „echte“ Arbeitnehmervertreter handelt, wäre es aus kommunalrechtlicher Sicht ohne Belang, wem diese zuzuordnen sind und wie diese gewählt würden. Eine dezidierte Regelung wie sie der § 108a GO NRW-E trifft wäre damit entbehrlich und der praktischen Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages überlassen. Daher wäre es empfehlenswert, die Stellung und die Rolle der Arbeitnehmervertreter im Rahmen der Neuregelung klarzustellen.

3. § 108a Abs. 2 GO NRW-E

Der Gesetzesentwurf sieht in Absatz 2 Satz 1 vor, dass die als Arbeitnehmervertreter vorgesehenen „Arbeitnehmer“ in dem „Unternehmen“ oder der „Einrichtung“ „beschäftigt“ sein müssen. Vor dem Hintergrund der weiteren Regelungen des Entwurfes der Vorschrift stellen sich verschiedene offene Themenstellungen.

Der Begriff des „Arbeitnehmers“ wird nur in der Regelung des Absatzes 2 verwendet. Die übrigen Regelungen des § 108a GO NRW-E verwenden dagegen den Begriff des „Beschäftigten“ (vgl. Absätze 3 – 8). Damit werden zwei unterschiedliche Rechtsbegriffe verwendet, deren Verhältnis und Bedeutung zu klären sind. Aufgrund der Verwendung der Begrifflichkeiten, erscheint es jedoch so, dass nicht zwei unterschiedliche Begriffe gemeint sind, sondern stets „Arbeitnehmer, die im Unternehmen oder der Einrichtung beschäftigt sind“. Eine Klarstellung, Definition oder Vereinheitlichung erscheint daher geboten.

Auch die inhaltliche Bestimmung des Begriffs ist nicht eindeutig. Aufgrund der Gesetzssystematik und der inhaltlichen Ausgestaltung ist anzunehmen, dass eine Regelung entsprechend der Regelung des § 3 DrittelbG getroffen werden soll. Allerdings bestehen insoweit zumindest sprachliche Unterschiede. Das DrittelbG stellt auf die Arbeitnehmer i.S.d. § 5 Abs. 1 BetrVG mit Ausnahme der in § 5 Abs. 3 BetrVG bezeichneten leitenden Abgestellten ab. Dabei liegt der Begriff des Betriebes i.S.d. BetrVG zugrunde. Im Gegensatz dazu stellt der Entwurf des Absatzes 2 darauf ab, dass diese in dem Unternehmen oder der Einrichtung beschäftigt sind. Im Gegensatz zum DrittelbG bzw. dem BetrVG wird damit gerade nicht auf den Betrieb abgestellt. In diesem Zusammenhang wäre klarzustellen, was als Beschäftigungsverhältnis anzusehen ist.

Die Begrifflichkeiten des „Unternehmens“ und der „Einrichtung“ beziehen sich dem Wortlaut nach auf die Regelungen des § 108 Abs. 1 GO NRW. Legt man diese Begriffsbestimmung zugrunde, ist als Unternehmen bzw. Einrichtung jeweils die juristische Einheit zu verstehen, welche den Aufsichtsrat bildet.

Die Begriffsbestimmung des „Unternehmens“ ist jedoch von zentraler Bedeutung für die Praxis. In der Praxis bestehen oft Konzernstrukturen bei kommunalen Gesellschaften. Diese beruhen insbesondere auf steuerlichen, operativen und Steuerungsgründen. Dabei finden sich vielfach Strukturen, bei denen die Konzernobergesellschaft keine oder nur wenige Arbeitnehmer hat. Zudem ist ebenso die Konzernobergesellschaft oftmals nicht die wirtschaftlich oder politisch zentrale Beteiligung einer Gemeinde. Wenn in solchen Konstruktionen auf Ebene der Konzernobergesellschaft ein Aufsichtsrat für den gesamten Konzern gebildet wird, führt der

Begriff des Unternehmens dazu, dass die Arbeitnehmer der zentralen kommunalen Gesellschaften nicht im Aufsichtsrat vertreten sein können, da sie zwar zum Konzern, jedoch nicht zum Unternehmen der Konzernobergesellschaft gehören.

Da auch das DrittelbG den Begriff des Unternehmens verwendet, könnte in Betracht kommen, über eine entsprechende Anwendung der Vorschriften den Begriff des Unternehmens auf einen Konzern zu erweitern. Allerdings bestehen auch Bedenken hinsichtlich einer Ausweitung des Begriffs im Sinne des DrittelbG auf Konzerngesellschaften. Das DrittelbG beinhaltet eine eigene Regelungssystematik, welche auf die Konstellation einer obligatorischen Drittelbeteiligung bezogen ist. Daher sind die grundsätzlichen Interessenlagen des DrittelbG einerseits und des § 108a GO NRW-GO NRW-E unterschiedlich. Die Gemeindeordnung hat den Fokus der Sicherstellung des kommunalen Einflusses.

Daher sollte im Ergebnis eine Anlehnung an das DrittelbG im Hinblick auf die Bestimmung des Begriffes des „Unternehmens“ nicht erfolgen. Allerdings sollte angedacht werden, bei Konzernstrukturen eine unternehmerische Arbeitnehmermitbestimmung auf Ebene der Konzernobergesellschaft zuzulassen, auch wenn diese über keine eigenen Arbeitnehmer oder eine nicht genügende Anzahl von Arbeitnehmern verfügt. In der Beratungspraxis besteht gerade in diesen Konstellationen oftmals seitens der Arbeitnehmer und der Kommunalpolitik ein valides Interesse daran, einen fakultativ mitbestimmten Aufsichtsrat zu implementieren.

4. § 108a Abs. 3 GO NRW-E

In Absatz 3 Satz 1 wird festgelegt, dass der Rat der Gemeinde „zu entsendende[n] Arbeitnehmervertreter“ von der Vorschlagsliste „bestellt“. Insofern ist darauf hinzuweisen, dass hier eine sprachliche Ungenauigkeit bzw. sogar Dopplung vorliegt. Die Entsendung selbst dürfte sich als Unterfall der Bestellung darstellen. Da davon auszugehen ist, dass durch den Begriff „zu entsendenden“ kein Präjudiz für die Bestellung gegeben sein soll, sollte der Hinweis aus Klarstellungsgründen gestrichen werden.

Zusätzlich fällt noch eine verfahrensrechtliche Themenstellung mit der Regelung des Absatzes 3 auf. Die Bestellung der Arbeitnehmervertreter erfolgt nach dem Wortlaut der Vorschrift durch eine Einzelabstimmung bezogen auf die jeweilige Person. Allerdings hat der Rat nach Absatz 3 Satz 4 des Entwurfes das Recht, sämtliche Vorschläge der Liste zurückzuweisen und eine Neuwahl zu verlangen.

Damit weicht die Regelung des Absatzes 3 von den weiteren Vorschriften inhaltlich insoweit ab, als die Zurückweisung dem Wortlaut nach durch positiven (Zurückweisungs-)Beschluss zu erfolgen hat. Im Rahmen der Absätze 8 und 9 ist es dagegen ausreichend, dass ein positiver Bestellungsbeschluss nicht zustande kommt.

Zudem ergibt sich aus dem Erfordernis eines positiven Ablehnungsbeschlusses die Fragestellung, wie die Situation zu behandeln ist, in denen nicht alle Plätze der Arbeitnehmervertreter besetzt werden, aber auch nicht ein Zurückweisungsbeschluss gefasst wurde. Eine entsprechend unklare Situation ergibt sich auch bei einer Zurückweisung. Nach dem Wortlaut des Absatzes 3 Satz 5 „können“ die Beschäftigten eine neue Vorschlagsliste wählen. Es ist soweit ebenfalls nicht geregelt, welche Folge sich aus der bloßen Untätigkeit ergibt.

Auch im Rahmen des Absatzes 3 dürfte es ausreichend sein, dass die Vorschlagsliste als zurückgewiesen gilt, wenn eine Bestellung durch den Rat nicht zustande kommt.

§ 108a Abs. 3 Satz 6 GO NRW-E ordnet schließlich an, dass die Aufsichtsratsmandate bei einer erneuten Zurückweisung unbesetzt bleiben. Diese Regelung bedarf einer entsprechenden Umsetzung im Gesellschaftsvertrag, da andernfalls das Kommunalrecht gesellschaftsrechtliche Regelungen über die Besetzung eines Organs treffen würde.

5. § 108a Abs. 4 GO NRW-E

Der § 108a Abs. 4 GO NRW-E verweist auf die entsprechende Anwendung von § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3 GO NRW sowie von § 9 DrittelbG. Unklar bleibt hingegen, wie eine entsprechende Anwendung erfolgen sollte und wie weit diese reicht. Gerade der Verweis auf § 113 Abs. 1 Satz 2 GO NRW

(Weisungsrecht) lässt die Stellung und die Rolle der Arbeitnehmervertreter nicht klarer werden, wenn der Verweis auf § 113 Abs. 1 Satz 1 GO NRW für die Arbeitnehmervertreter fehlt. Dies führt wie bereits erörtert zu einem Interessenkonflikt, da die Arbeitnehmervertreter einerseits gerade nicht die Interessen der Gemeinde zu beachten haben, andererseits aber an die Weisungen der Gemeinde gebunden sein sollen.

Die Stellung und die Rolle der Arbeitnehmervertreter sollte im Rahmen der Neuregelung klargestellt werden.

6. § 108a Abs. 5 GO NRW-E

a) Beschäftigte

Statt des Begriffes „Beschäftigte“ sollte wie bereits unter Ziffer 3 ausgeführt einheitlich der Begriff „Arbeitnehmer“ verwendet werden. Denn der Begriff „Beschäftigte“ könnte leicht missverständlich im Sinne des öffentlichen Dienstrechtes verstanden werden, vgl. etwa § 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 Landespersonalvertretungsgesetz NRW: „Beschäftigte im Sinne dieses Gesetzes sind die Beamtinnen und Beamten und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und arbeitnehmerähnlichen Personen ... [und] ... auch diejenigen, die in der Dienststelle weisungsgebunden tätig sind oder der Dienstaufsicht unterliegen, unabhängig davon, ob ein Arbeits- oder Dienstverhältnis zur Dienststelle besteht.“

Abzustellen ist aber auf den arbeitsrechtlichen Begriff des Arbeitnehmers, etwa nach § 3 Abs. 1 DrittelbG unter Verweis auf § 5 Abs. 1 BetrVG. Insofern sollte der Begriff „Arbeitnehmer“ einheitlich und durchgängig verwendet werden.

b) aktives und passives Wahlrecht

Ferner fallen die Regelungen zum aktiven und passiven Wahlrecht als Arbeitnehmervertreter anders als im gegenwärtig geltenden Gesetz auseinander. Wahlberechtigt ist, wer „am Tag der Wahl das 18. Lebensjahr vollendet“ hat. Dagegen muss bereits das 18. Lebensjahr vollendet haben, wer auf die Vorschlagsliste aufgenommen werden will. Ein sachlicher Grund besteht für diesen Unterschied nicht. Ein Abstellen auf den Tag der

Wahl auch für die Wählbarkeit, ähnlich wie es das Gesetz gegenwärtig vorsieht, wäre daher sinnvoll.

7. § 108a Abs. 6 GO NRW-E

a) Beschäftigte

Auch hier spricht der Gesetzentwurf von Beschäftigten, statt von Arbeitnehmern (siehe Anmerkungen oben unter Ziffer 3 und 6.)

Des Weiteren verweist der Entwurf nur auf den „Betriebsrat“. Der Betriebsrat ist jedoch im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes auf betrieblicher Ebene zu bilden, während der Gesetzentwurf in § 108a Abs. 1 Satz 1 GO NRW-E vom „Unternehmen“ (siehe oben Ziffer 3.) ausgeht. Hinsichtlich der oben geführten Erörterung ergeben sich dadurch verschiedene Problembereiche.

Das typische kommunale Stadtwerk hat beispielsweise mehrere Tätigkeitssparten. Infolgedessen ist das Vorliegen mehrerer Betriebe oder zumindest mehrerer Betriebsteile grundsätzlich wahrscheinlich. Nach §§ 1, 4 BetrVG ist die Bildung eines Betriebsrates für jeden dieser Betriebe möglich. Für das Unternehmen (im betriebsverfassungsrechtlichen Sinne) ist daher die Bildung eines Gesamtbetriebsrates möglich, §§ 47 ff. BetrVG. Ferner könnte nach § 54 BetrVG auch ein Konzernbetriebsrat bei Vorliegen der Voraussetzungen gebildet werden. Schließlich könnte im Rahmen einer interkommunalen Zusammenarbeit im weiteren Sinne auch ein gemeinsamer Betrieb mehrerer Unternehmen vorliegen, § 1 Abs. 2 BetrVG, der einen Betriebsrat hat.

Der Gesetzentwurf sollte insofern klarstellen, welchem Betriebsrat bei mehreren Betriebsräten in einem Unternehmen das Vorschlagsrecht zusteht.

b) Stellvertretung

Die Regelungen zur Stellvertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitglieds nach § 108a Abs. 6 Satz 3 GO NRW-E sind nicht konsequent zu Ende entwickelt. Das lässt sich an mehreren Punkten festmachen.

Erstens werden im Entwurf die Begriffe „Stellvertretung“ eines verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes und „Ersatzmitglied“ eines Aufsichtsratsmitgliedes synonym verwendet, obgleich die beiden Begriffe rechtlich keine Synonyme darstellen. Ein Stellvertreter ist für die vorübergehende Verhinderung eines Aufsichtsratsmitgliedes vorgesehen.

Ein Ersatzmitglied eines Aufsichtsratsmitgliedes wird dagegen für den Fall bestellt, wenn letzteres vor Ablauf seiner Amtszeit wegfällt. Die Bestellung eines Ersatzmitgliedes ist im Unterschied zum Stellvertreter nach den aktienrechtlichen Vorschriften auch für einen obligatorischen Aufsichtsrat zulässig (vgl. § 101 Abs. 3 Satz 2, 3 AktG). Wie sich aus den Regelungen über die Abberufung bzw. das Ausscheiden nach § 108a Abs. 8 GO NRW-E ergibt, will der Gesetzentwurf aber nur die Stellvertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes regeln, da andernfalls die Regelungen zur gleichzeitigen Abberufung bzw. Ausscheiden des Stellvertreters sinnwidrig wären.

Insofern sollte im Gesetz einheitlich der Begriff Stellvertreter verwendet werden.

Während bei einem obligatorischen Aufsichtsrat ein Stellvertreter generell nicht bestellt werden kann (vgl. § 101 Abs. 3 Satz 1 AktG), scheint es zumindest in der Praxis ein Bedürfnis zu geben, bei einem fakultativen Aufsichtsrat eine Stellvertretung verhinderter Aufsichtsratsmitglieder zu ermöglichen. Ob und inwieweit die Möglichkeit der Stellvertretung mit den aus der Überwachungsaufgabe resultierenden Rechten und Pflichten des einzelnen Aufsichtsratsmitgliedes vereinbar ist, mag vorliegend dahin stehen, wenn man vorliegend die Wertungsentscheidung der Zulassung der Stellvertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes durch den Gesetzgeber hinnimmt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es daher sachgerecht, die Arbeitnehmervertreter und die originären Gemeindevertreter im Aufsichtsrat bezüglich einer Stellvertreterregelung gleich zu behandeln. Aufgrund der Begründung des praktischen Bedürfnisses einer Stellvertretung für die gemeindlichen Mitglieder im Aufsichtsrat (z.B. Terminkollisionen durch andere Gremienverpflichtungen des Bürgermeisters) erscheint dieser

Schluss jedoch nicht zwingend, da solche gravierenden Terminkollisionen der Arbeitnehmervertreter unwahrscheinlicher sind.

Zweitens ist die vorgeschlagene Regelung zur Stellvertretung von verhinderten Aufsichtsratsmitgliedern weiterhin unzureichend, da in der Praxis z.B. auch zwei Stellvertreter vorgesehen sein können. Diese führen dann einerseits doch – soweit sie kommunalrechtlich nicht beanstandet werden – zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmervertreter mit den originären gemeindlichen Vertretern oder schränken andererseits die in der Praxis bekannten und gebräuchlichen Gestaltungen ein.

Drittens bestimmt der Gesetzentwurf, dass bei einer gesellschaftsvertraglichen Zulassung der Stellvertretung eines verhinderten Aufsichtsratsmitgliedes ein Stellvertreter auf der Vorschlagsliste benannt werden „kann“. Damit eröffnet sich ein Wahlrecht, welches dann doch zu einer Ungleichbehandlung der Arbeitnehmervertreter gegenüber den originär gemeindlichen Vertretern führen würde. Wenn für den Arbeitnehmervertreter im Unterschied zum originär gemeindlichen Vertreter kein Stellvertreter bestellt würde, könnte ersterer im Falle seiner Verhinderung keinen Stellvertreter mit der Aufgabenwahrnehmung betrauen. Das Wahlrecht erscheint insofern nicht sachgerecht.

Viertens verwendet der Gesetzentwurf in diesem Absatz 6 zum ersten Mal den Begriff „Bewerber“, während in Absatz 5 auf die Verwendung dieser Begrifflichkeit offenbar bewusst verzichtet wurde.

Fünftens verwendet die Regelung zur Stellvertretung in diesem Absatz 6 den Terminus „bestimmt“ statt „bestellt“. Ein sachlicher Grund ist hierfür nicht erkennbar. Es sollte daher einheitlich der Begriff der „Bestellung“ verwendet werden.

Sechstens findet auf die Stellvertreter die Regelung des § 108a Abs. 4 GO NRW-E über die Abberufung aufgrund des Verlustes der Arbeitnehmereigenschaft keine Anwendung, d.h. Stellvertretung wäre auch nach Verlust der Arbeitnehmereigenschaft möglich. Dies ist nicht sachgerecht. Es besteht insoweit eine ungewollte Regelungslücke, die geschlossen werden sollte.

Nach alledem sind die vorgeschlagenen Regelungen zur Stellvertretung in der Form nicht umsetzbar.

8. § 108a Abs. 7 GO NRW-E

Der Regelungszweck des § 108a Abs. 7 GO NRW-E ist unklar. Er geht wohl davon aus, dass der Gesellschaft bzw. ihren Organen mitgeteilt werden muss, welche Personen namentlich von der Gemeinde in den Aufsichtsrat der Gesellschaft entsandt („bestellt“) wurden. Dies ist grundsätzlich Aufgabe des Gesellschafters, also der Gemeinde, deren gesetzlicher Vertreter nach § 63 Abs. 1 Satz 1 GO NRW der Bürgermeister ist. Insoweit ist die Regelung des Absatzes 7 redundant.

Man könnte die Benennung der bestellten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat gegenüber der Gesellschaft auch als Aufgabe des benannten Vertreters der Gemeinde in der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft ansehen. Ist dieser der Bürgermeister wäre die Regelung des Absatzes 7 redundant. Ist er dies nicht, sondern eine andere Person, folgt aus der Regelung des Absatzes 7 eine Doppelzuständigkeit die keinen Sinn ergibt.

Schließlich erfolgt die Bestellung der Arbeitnehmervertreter durch den Rat aufgrund eines Ratsbeschlusses. Die Ausführung von Ratsbeschlüssen ist nach § 62 Abs. 2 Satz 2 GO NRW ohnehin Aufgabe des Bürgermeisters. Insofern verbleibt dem Absatz 7 kein eigener Anwendungsbereich und ist aus diesem Grunde ebenfalls redundant.

Der Absatz 7 regelt nur den Fall Bestellung nach Absatz 6. Im oben verstandenen Sinne einer notwendigen Mitteilung an die Gesellschaft und die bestellten Arbeitnehmervertreter wäre aber Gleiches auch für den Fall der Abberufung und der Bestellung eines Nachfolgers nach Absatz 8 (dazu sogleich unter Punkt 9.) notwendig. Dann aber steht die Vorschrift systematisch an der falschen Stelle.

Der Absatz sollte gestrichen werden.

9. § 108a Abs. 8 GO NRW-E

a) Stellvertretung

Wie bereits oben in Ziffer 7. ausgeführt verwendet der Gesetzentwurf fälschlich den Begriff Ersatzmitglied, meint aber die Stellvertretung. Wenn die Vorschrift für ein Ersatzmitglied anwendbar wäre, wäre die Regelung für den Fall des Ausscheidens oder der Abberufung sinnwidrig.

Der Regelungsvorschlag zur Stellvertretung selbst ist wie in Absatz 6 nicht zu Ende entwickelt und damit unvollständig. Der Regelungsvorschlag des Absatzes 8 findet ebenso wie Absatz 4 auf den Stellvertreter selbst keine Anwendung. Das bedeutet zum einen, Stellvertreter können kurioserweise nach dem derzeitigen Wortlaut nicht abberufen werden. Zum anderen kann für Stellvertreter bei ihrem Wegfall kein Nachfolger bestellt werden, wodurch wiederum die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat im Vergleich zu den originär gemeindlichen Vertretern benachteiligt sein könnten.

b) fehlender systematischer Einklang mit Absatz 3

Bei der geregelten Ergänzung der Vorschlagsliste wird zwar zum Verständnis auf Absatz 3 verwiesen, dieser findet jedoch für die Ergänzung selbst keine Anwendung, dass also doppelt so viele Vorschläge gemacht werden sollen wie freie Plätze vorhanden sind. Die Vorschlagsliste bräuchte also gar nicht ergänzt werden oder könnte nur mit einem einzigen Namen ergänzt werden. Dies kann in der Konsequenz dazu führen, dass möglicherweise die Regelung des Absatzes 2 nicht eingehalten werden kann oder dem Rat keine Auswahlmöglichkeit zur Verfügung steht, wenn auf der verbliebenen Vorschlagsliste gar keine Arbeitnehmer stehen, die im Unternehmen beschäftigt sind. Insoweit ist auch nicht geregelt, aus welcher Gruppe von Arbeitnehmervertretern die Ergänzung der Vorschlagsliste zu erfolgen hat.

Im Unterschied zu Absatz 3, wonach der Rat eine nicht genehme Vorschlagsliste in Gänze zurückzuweisen hat, ist es für Absatz 8 ausreichend, wenn die Bestellung eines Nachfolgers nicht zustande kommt und damit das Aufsichtsratsmandat unbesetzt bleibt. Hierin ist ein Bruch in der Systematik zu sehen, der nur vor dem Hintergrund des im vorstehenden Absatz erörterten gerechtfertigt erscheint; zwingend ist dies jedoch nicht.

c) Ersatzmitglieder

Um die in der Praxis kaum vermeidbaren Nachfolgebestellungen zu vereinfachen, sollte die Möglichkeit eröffnet werden, echte Ersatzmitglieder für ausscheidende bzw. abberufene Arbeitnehmervertreter zu bestellen.

d) Amtszeit des Nachfolgers

Für einen bestellten Nachfolger sollte klargestellt werden, dass dessen Amtszeit spätestens mit Ablauf der Amtszeit des weggefallenen Aufsichtsratsmitgliedes endet (vgl. analog § 102 Abs. 2 AktG).

10. § 108a Abs. 9

Der Regelungsvorschlag des Absatzes 9 nimmt die Regelung des gegenwärtigen § 108a Abs. 6 auf und erweitert diesen. Der Anwendungsbereich ist mit dem oben dargestellten Fall 2 der denkbaren Grundkonstellation skizziert.

a) Systematischer Unterschied zu Absatz 1

Der Absatz 9 verzichtet zunächst anders als Absatz 1 auf die Einbeziehung sowohl von unmittelbaren als auch mittelbaren Beteiligungen. Dem Wortlaut nach wäre Absatz 9 nur auf unmittelbare Beteiligungen anwendbar, während mittelbare Beteiligungen nicht betroffen wären. Systematisch ist nach dem Regelungszweck des § 108a GO NRW-E – wie Absatz 9 gerade zeigt – kein Unterschied zwischen einer Alleingeschafterstellung oder Mitgeschafterstellung zu machen. Das eröffnet Gestaltungsspielräume durch mögliche Zwischenschaltung von Beteiligungsgesellschaften.

Gleiches gilt sinngemäß auch für die Quotenentscheidung des Absatzes 1, die sich in Absatz 9 ebenfalls nicht wiederfindet. Das würde aber wiederum bedeuten, dass eine Gemeinde, die mittelbar unter 50 Prozent an einem Unternehmen beteiligt ist, bei wörtlicher Auslegung nicht in den Anwendungsbereich des Absatzes 9 fiele.

Eine Klarstellung wäre insoweit wünschenswert.

b) „kommunale Beteiligung“ in Nr. 1

§ 108 Abs. 9 Nr. 1 Satz 1 GO NRW-E verweist darauf, dass „hierdurch mehr als die Hälfte der kommunalen Beteiligung an dem Unternehmen

oder der Einrichtung repräsentiert wird.“ Der Terminus „kommunale Beteiligung“ führt zu einem auslegungsbedürftigen unbestimmten Rechtsbegriff, denn die kommunale Beteiligung könnte sich beziehen auf

1. die Kapitalbeteiligung

2. die Stimmbeteiligung oder

3. die bloße Anzahl.

c) Vorschlagsliste in Nr. 1

Ebenso wie in Absatz 8, aber anders als in Absatz 3 bedarf es keines positiven Ablehnungsbeschlusses bei einer nicht genehmen Vorschlagsliste. Das ist ebenso wie bei der Erläuterung zu Absatz 8 systematisch inkonsistent, aber rein logische Folge des gewählten Verfahrens. Das Nichtzustandekommen entsprechender übereinstimmender Ratsbeschlüsse ist dann eben als Zurückweisung der Vorschlagsliste zu werten.

d) Verweis auf Absatz 8 in der Nr. 2

Die Nr. 2 des Absatzes 9 verweist für die Bestellung eines Nachfolgers im Sinne des Absatzes 8 auf Nr. 1 Satz 1.

Der Verweis ist technisch unsauber. Zum einen wird auf die entsprechende Anwendung des Absatzes 8 bereits im Einleitungssatz des Absatzes 9 verwiesen. Zum anderen ist aber eine von Absatz 8 abweichende Maßgabe in den Sätzen 2 und 3 der Nr. 2 nicht erkennbar, da dessen Regelung inhaltlich nur wiederholt wird. Wenigstens die Sätze 2 und 3 der Nr. 2 sind damit redundant und sollten gestrichen werden.

e) Verweis auf § 113 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GO NRW in der Nr. 3

Der Verweis ist systematisch richtig, wird in der Praxis aber gerade bei widerstreitenden Interessen der beteiligten Gemeinden dazu führen, dass die Arbeitnehmervertreter nicht angewiesen und auch nicht abberufen werden können. Das stärkt zwar die bestellten Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, schwächt aber möglicherweise den angemessenen gemeindlichen Einfluss nach § 108 Abs. 1 Satz Nr. 6 GO NRW.

11. § 108b GO NRW-E

a) Sinn und Zweck

Der Sinn und Zweck und die praktische Notwendigkeit einer derartigen Regelung ist nicht erkennbar.

Während bei einer möglichen Drittelparität noch den eingangs dargestellten Bedenken im Hinblick auf das Demokratieprinzip Rechnung getragen werden könnte, da eben ein durchaus berechtigtes Interesse und praktisches Bedürfnis an einer unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung auf kommunaler Ebene besteht, kann dies im Rahmen einer Vollparität zulasten des Demokratieprinzips mit guten Gründen nicht mehr angenommen werden.

So ist zum einen der notwendige angemessene kommunale Einfluss nach § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW möglicherweise nur noch formal gegeben, da rein tatsächlich durch nicht seltene Abwesenheiten in der Praxis der kommunale Einfluss tatsächlich durch Zufallsmehrheiten gar nicht mehr ausgeübt werden kann. § 108b GO NRW-E verzichtet interessanterweise auf Wiederholung der Fiktion der Einhaltung des § 108 Abs. 1 Satz 1 Nr. 6 GO NRW.

Insoweit ist der Regelungsvorschlag des § 108b GO NRW-E systemwidrig.

Problematisch ist ferner ein mögliches Hineinwachsen in eine Drittelparität. Dies betrifft zugegebenermaßen nur die größeren kommunalen Unternehmen, ist aber aufgrund anderer Voraussetzungen, insbesondere auch im Hinblick auf die in den §§ 108a, 108b GO NRW-E nicht berücksichtigten Konzernsachverhalte zumindest denkbar. Es ist politisch schwer darstellbar, dass – gerade, wenn das Unternehmen an Größe gewinnt – die Anzahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat sinkt.

Schließlich ist die Vorschrift des § 108b GO NRW-E als ermessensgebundene Ausnahmvorschrift konzipiert. Gerade bei gut organisierten Betrieben wird der Druck auf die Räte steigen, die Ausnahme zu beantragen. Das Verbleiben im Anwendungsbereich des § 108a GO NRW-E ist nicht erklärbar, wenn die Möglichkeit des § 108b GO NRW-E durch einfachen

Antrag eröffnet ist und diesem Antrag auch noch stattgegeben werden muss.

b) Vollparität und Drittelparität

Der § 108b GO NRW-E verwendet die Begriffe Vollparität und Drittelparität, während der § 108a GO NRW-E und der geltende § 108a GO NRW auf die Wiedergabe dieser Begriffe zu Recht und bewusst verzichtet. Der § 108a Abs. 1 Satz 3 GO NRW-E stellt als Bemessungsgrundlage für die Arbeitnehmervertreter „auf die Gemeinde entfallenden Aufsichtsratsmandate“ ab. Das ist konsequent, denn die Gemeinde kann nur die ihr zustehenden Aufsichtsratsmitglieder durch Arbeitnehmervertreter substituieren. Das führt nur in der oben dargestellten Grundkonstellation des Falles 1 bei Alleingesellschafterstellung der Gemeinde bei vollständiger Ausnutzung der Möglichkeiten bei § 108a GO NRW-E zu einer Drittelparität und bei § 108b GO NRW-E zu einer Vollparität. In allen anderen Fällen der Grundkonstellationen ist Drittel- oder Vollparität nicht notwendigerweise gegeben.

Ferner stellen die §§ 108a, 108b nur auf eine Obergrenze ab, § 108a Abs. 1 Satz 3 GO NRW-E „nicht mehr als ein Drittel“ und § 108b Abs. 3 GO NRW-E „bis zur Hälfte“, so dass Drittel- und Vollparität zwar der Normalfall sein wird, dies aber nicht zwingend ist.

Des Weiteren ist in Fall des § 108b Abs. 5 GO NRW-E vorgesehen, dass die „Mehrzahl“ der auf die Gemeinde entfallenden Aufsichtsratsmandate nicht von der Arbeitnehmerseite vorgeschlagen wird. In diesem Falle wird es somit nie zur Vollparität kommen.

Die Verwendung der Begriffe Vollparität und Drittelparität ist somit irreführend und sollte vermieden werden.

c) Beherrschung

Die Absätze 1 und 2 verwenden die Begriffe „kommunal beherrschte Gesellschaften“ und die „Gemeinde, die die Gesellschaft beherrscht“. Der Begriff der Beherrschung ist zunächst ein augenscheinlich aktienrechtlicher Begriff (vgl. § 17 Abs. 1 AktG). Damit statuiert der § 108b GO NRW-E un-

gewollt andere Voraussetzungen als § 108a GO NRW-E. Zudem ist der Absatz 2 Satz 1 auch sprachlich missglückt.

Systematisch sollten § 108b GO NRW-E und § 108a GO NRW-E dieselben Voraussetzungen haben.

d) Befristung

Der Sinn und Zweck der Befristung ist nicht erkennbar. Insbesondere wird es bei Nichtfortführung der Regelung schwer erklärbar, dass der Arbeitnehmerseite vermeintliche Rechtspositionen wieder entzogen werden.

Kontakt

Bei weiteren Fragen wenden Sie sich gerne an:

Arnulf Starck
Rechtsanwalt, Steuerberater

Moskauer Str. 19
40227 Düsseldorf

Fuhrberger Str. 5
30625 Hannover
+49 511 5357-5745

arnulf.starck@de.pwc.com

Dr. Frank Westphal
Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwalt,
Steuerberater

Moskauer Str. 19
40227 Düsseldorf
+49 211 981-1653

Fuhrberger Str. 5
30625 Hannover
+49 511 5357-5668

frank.westphal@de.pwc.com